

**COLEGIOS PROFESIONALES.
POTESTAD SANCIONADORA****JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA**
Magistrado

Palabras clave: potestad sancionadora, colegios profesionales, competencia.

ENUNCIADO

El día 29 de abril del 2005, la Junta de Gobierno del Colegio Profesional de Farmacéuticos de Madrid dicta acuerdo en virtud del cual se declara de urgente ocupación, a efectos expropiatorios, la finca colindante al edificio donde tiene su sede el citado Colegio, con el fin de proceder a su ampliación. Dicho acuerdo no figuraba en el orden del día de la sesión celebrada el día 29 de abril. El Colegio Profesional, de acuerdo con los trámites previstos en la Ley de Expropiación Forzosa, acuerda el día 2 de mayo del 2005 proceder a la ocupación de la finca expropiada y a solicitar la inscripción, a su nombre, en el Registro de la Propiedad.

El propietario de la finca en cuestión, en la cual desarrolla la actividad de farmacéutico, presenta el día 3 de mayo del 2005 ante la jurisdicción civil las acciones que estima oportunas en defensa de la posesión de la referida finca. Simultáneamente, interpone el mismo día 3 de mayo el pertinente recurso administrativo contra el acuerdo de 29 de abril de 2005. Además, presenta querrela criminal contra los miembros de la Junta de Gobierno que adoptaron aquel acuerdo por un presunto delito de prevaricación.

Dicho recurso administrativo no es admitido el día 18 de mayo, por resolución del citado Colegio, que se notifica al interesado ese mismo día, al entender que el régimen de recursos administrativos no es aplicable a sus actos con eficacia directa en derechos no relacionados estrictamente con la actividad del colegio. Ante esta no admisión de su recurso, presenta nuevo recurso administrativo, en esta ocasión ante el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

Igualmente, ante esta situación, que juzga arbitraria e ilegal, el día 12 de junio de 2005, pretendiendo obtener una rápida tutela de su derecho de propiedad reconocido en la Constitución, presenta el oportuno recurso contencioso-administrativo ante la sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sin embargo, por auto de dicho órgano judicial, dictado el día 22 de igual mes y año, no es admitido aquel por entender que no se ha agotado la vía administrativa previa.

Paralelamente, el día 23 de julio del 2005, se pone en marcha un expediente sancionador contra el farmacéutico, propietario de la finca expropiada, en base a que los Estatutos del Colegio recogen como infracción administrativa muy grave el hecho de que un colegiado acuda a la jurisdicción demandando al Colegio, por alguna actividad del mismo ajena a las relaciones estrictamente profesionales entre aquel y sus colegiados.

El día 25 de septiembre se notifica al expedientado el acuerdo de iniciación de ese procedimiento sancionador. En el mismo no consta el instructor del procedimiento e, igualmente, en lo relativo a las posibles sanciones a imponer, consta, exclusivamente, la de multa. Por otra parte, el instructor del procedimiento adopta como medida Provisional el cierre del despacho del farmacéutico del que era titular el expedientado.

El mismo recurre el acuerdo de iniciación, por diversas ilegalidades cometidas, solicitando que, en todo caso, se acuerde la caducidad y el archivo del procedimiento. El recurso no es admitido al considerarse el acto recurrido un acto de trámite no recurrible.

Conocida la identidad del instructor del procedimiento por el interesado, se formula el día 30 de septiembre del 2005, recusación contra el mismo basado en que, tiempo atrás, el citado instructor había sido condenado en vía penal como consecuencia de una querrela interpuesta por el farmacéutico. Esta recusación es desestimada con fecha 5 de octubre notificada al interesado el día 7.

El día 12 de octubre el interesado presenta alegaciones contra el acuerdo de iniciación, pero las mismas no son admitidas al procedimiento al considerarse extemporáneas, pues ya había pasado el plazo que la normativa marca para tal trámite.

Es de recordar que un día antes de notificársele el acuerdo de iniciación, esto es el día 24 de septiembre, se había intentado la notificación en su domicilio, no encontrándose presente el interesado en el momento de llevarse a cabo. Su esposa, que sí se encontraba en el domicilio, se negó a hacerse cargo de la notificación, por lo que el instructor, de acuerdo con la Ley 30/1992, hizo constar tal circunstancia en el expediente y entendió efectuado el trámite. Pese a ello, al día siguiente, se le notificó el acuerdo personalmente con el cumplimiento de todos los requisitos legales exigidos.

El expediente sancionador es elevado por el instructor, sin hacer propuesta de resolución alguna, al órgano resolutorio, el cual el día 28 de enero 2006 dicta resolución por la que impone al farmacéutico la sanción del cierre de su oficinas de farmacia. Notificado el mismo día de esa resolución, este eleva recurso al Consejero de Presidencia de la Comunidad que no es admitido. Entonces, interpone recurso contencioso-administrativo solicitando la anulación de la resolución sancionado-

ra por diversos motivos. Entre otros, aduce la nulidad del artículo del Estatuto del Colegio donde se recoge como infracción administrativa muy grave aquella por la que ahora él ha sido sancionado, solicitando se declaren la nulidad del citado artículo. El órgano jurisdiccional estima el recurso y anula la resolución sancionadora por diversas ilegalidades cometidas, sin embargo, en referencia a la solicitud de que se anule el artículo del Estatuto donde se recoge la infracción administrativa, el órgano judicial señala que ahora no es posible acceder a esa solicitud del recurrente, pues entiende que el Estatuto es firme (el mismo se publicó en diario oficial en el año 1990) y ha pasado, sobradamente, el plazo que había para recurrirlo en su momento.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Con independencia de la normativa general aplicable al relato de hechos para dar respuesta a los distintos problemas planteados, indique qué normativa especial habrá de tenerse también cuenta.
2. Comente el ajuste a derecho o no del acuerdo de la junta de gobierno del Colegio de Farmacéuticos de fecha 29 de abril de 2005.
3. ¿A qué acciones se referirá el caso cuando señala que el interesado acudió a la vía civil?
4. ¿Y respecto a la vía penal?
5. Comente el recurso administrativo del día 3 de mayo y el ajuste a derecho o no de la no admisión.
6. Comente el recurso administrativo interpuesto ante el Consejero de Sanidad contra la no admisión de aquel.
7. Comente todo lo pertinente respecto al escrito de 12 de julio de 2005 ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
8. Con respecto al expediente sancionador puesto en marcha responda de forma motivada a las siguientes cuestiones:
 - a) ¿Es ajustada a derecho la infracción administrativa recogida en el estatuto del colegio?
 - b) ¿Qué consecuencias jurídicas tendrá la circunstancia de que en la notificación misma del acuerdo de iniciación no conste la identidad del instructor?
 - c) Comente el ajuste a derecho o no de la medida provisional adoptada.
 - d) Comente la solicitud de archivo en el recurso contra el acuerdo de iniciación y la inadmisión del mismo al tratarse de un acto de trámite. ¿Qué debería haber acordado la Administración en este caso?
 - e) Comente la recusación planteada en el caso.
 - f) Comente la procedencia o no de la no admisión de las alegaciones planteadas por extemporáneas.

- g) Comente la legalidad o no de la actuación administrativa consistente en considerar correcto el intento de notificación realizado a la esposa del expedientado.
- h) Comente las consecuencias jurídicas de la falta de propuesta de resolución.
- i) Ajuste a derecho de la sanción impuesta.
- j) ¿Se había producido la caducidad del procedimiento?
- k) Comente todo lo concerniente al recurso de alzada interpuesto ante el Consejero de Presidencia.
- l) Comente todo lo concerniente al recurso contencioso-administrativo interpuesto, así como la decisión del órgano jurisdiccional de no anular el artículo del estatuto que tipificaba la infracción administrativa por la que se sancionó al expedientado.

SOLUCIÓN

1. Con independencia de la normativa general administrativa aplicable que iremos conociendo a lo largo de la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas, debemos tener en cuenta, que el Colegio de Farmacéuticos a que se refiere el caso es un Colegio Profesional por lo que deberá aplicarse la normativa relativa al mismo.

En este sentido debemos tener en cuenta, por un lado, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales del Estado y, al tratarse de la Comunidad de Madrid, y tener las Comunidades Autónomas competencias en materia de Colegios Profesionales, la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid.

Con respecto a esta última ley citada, vamos a señalar, con carácter general, aquellos aspectos que van a tener trascendencia o importancia, a la hora de resolver los distintos problemas jurídicos que el relato de hechos nos plantea:

A. Naturaleza jurídica.

Viene contemplada en el artículo 2.º de la Ley 19/1997, al señalar que «los Colegios Profesionales y los consejos de colegios son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines».

En la exposición de motivos de la citada ley se señala que «el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 5 de agosto de 1983 (STC 76/1983), declaró que «corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las corporaciones de derecho público representativas de intereses profesionales». Esta conclusión se funda en la equiparación que, en los aspectos organizativos y competenciales, existe entre los colegios profe-

sionales y las administraciones públicas de carácter territorial, que determina la aplicabilidad a los entes colegiales del artículo 149.1.18.^a de la Constitución».

B. Estatutos.

Artículo 15:

1. Los colegios profesionales elaborarán y aprobarán sus estatutos de forma autónoma y sin más límites que los interpuestos por las leyes. Los estatutos deberán asegurar que la estructura interna y el funcionamiento de los colegios profesionales sean democráticos.

2. Los estatutos de los colegios profesionales deberán tener, como mínimo, el siguiente contenido:

(...)

- c) Causas de suspensión o pérdida de la condición de colegiado.
- g) Composición, competencias y régimen de funcionamiento de la comisión de recursos, cuando fuere necesaria su constitución conforme a lo establecido en esta ley.
- i) Régimen de distinciones y premios, y régimen disciplinario.
- j) Régimen jurídico de los actos de los colegios y recursos contra los mismos.

C. Organización y régimen jurídico.

Artículo 17:

1. La asamblea o junta general, integrada por todos los colegiados, es el órgano soberano de decisión de los colegios profesionales.

2. La convocatoria, constitución, funcionamiento y competencias de las asambleas o juntas generales se determinarán estatutariamente. Deberá celebrarse, al menos, una asamblea o junta general al año.

Artículo 18:

1. La dirección y administración del colegio corresponderá al órgano de gobierno, cuya denominación se determinará en los estatutos.

2. El órgano de gobierno será siempre colegiado y estará compuesto, al menos, por los siguientes miembros:

- a) El presidente, que ostentará la representación legal del colegio profesional, además de las funciones que le encomienden los estatutos. Podrá también recibir la denominación del decano o cualquier otra similar.
- b) El secretario, que tendrá el carácter de fedatario de los actos y acuerdos del colegio.
- c) El tesorero. Contador con las funciones estatutarias determinadas. Podrá ostentar cualquier otra denominación similar.
- d) Los vocales en número necesario para el desarrollo de las actividades que tenga atribuidas en colegio correspondiente información del número de colegiados adscritos al mismo.

Artículo 19:

1. La comisión de recursos es el órgano encargado de la resolución de los recursos que, conforme a esta ley, puedan interponerse contra los actos de los colegios profesionales, que no estén integrados en el correspondiente consejo de colegios de Madrid.

2. Esta comisión no estará sometida a instrucciones jerárquicas del órgano de gobierno de los colegios y respetarán en su actuación los principios, garantías y plazos que la ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

3. La composición, competencias y régimen de funcionamiento de la comisión de recursos se determinarán, en su caso, en los estatutos.

D. Recursos.

Artículo 21:

1. Contra las resoluciones de los órganos de gobierno de los colegios profesionales y los actos de trámites que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, sujetos al derecho administrativo, podrá interponerse recurso ante la comisión de recursos del colegio o, en su caso, ante el correspondiente consejo de colegios de Madrid.

Las resoluciones y actos dictados en uso de facultades o competencias delegadas de la comunidad de Madrid, estarán sometidas al régimen de impugnación general de los actos de la misma.

2. Contra la desestimación de los recursos interpuestos contra los actos de los colegios profesionales podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

La Ley 19/1997 no señala cuáles de los colegios profesionales están sujetos al derecho administrativo y, en consecuencia, son susceptibles de recurso contencioso-administrativo. La exposición de motivos alude a la «... equiparación que, en los aspectos organizativos y competencias, existe entre los colegios profesionales y las Administraciones públicas de carácter territorial, que determinaría la aplicabilidad a los entes colegiales del artículo 149.1.18.^a de la Constitución...», declaración que, sin embargo, no va seguida de la enumeración de las materias corporativas sujetas a derecho público.

En relación a lo que nos ocupa, es evidente que los actos expropiatorios son actos sujetos a derecho público y en consecuencia son recurribles ante la comisión de recursos.

E. Relaciones con la Comunidad de Madrid.

El artículo 4.º 1 de la ley señala que se relacionarán con la comunidad de Madrid a través de la consejería cuyo ámbito de competencia tenga relación con la profesión respectiva, en lo relativo a los contenidos propios de la profesión (en nuestro caso será la Consejería de Sanidad y Consumo).

En caso de dudas y en el resto de materias y, especialmente, en lo relativo a materias corporativas e institucionales, se relacionará a través de la consejería de Presidencia.

2. Este acuerdo es nulo de pleno derecho por varios motivos:

A. Ha sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia [art. 62.1 b) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común].

Del artículo 2.º 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 se deduce que las únicas administraciones públicas competentes para ejercer la potestad expropiatoria son las territoriales, pues dicho precepto se refiere al estado, a las provincias y a los municipios, debiéndose a añadir las Comunidades Autónomas. Por tanto, las únicas administraciones expropiantes son las territoriales. La administración corporativa podrá ser beneficiaria de una expropiación forzosa, pero nunca administración expropiante.

B. Señala el caso que el interesado interpuso una querrela criminal por presunto delito de prevaricación contra los miembros de que la Junta de Gobierno del Colegio que adoptaron aquella decisión expropiatoria. Pues bien, si, finalmente, la jurisdicción penal acaba, con carácter firme, condenando a esos miembros por ese delito, nos encontraremos con otro posible motivo de nulidad absoluta de ese acuerdo adoptado, consistente en ser constitutivo de infracción penal [art. 62.1 c) Ley 30/1992].

C. Finalmente, debemos señalar que el relato de hechos nos indica que el acuerdo expropiatorio no estaba incluido en el orden del día de esa sesión. En este sentido, por un lado, el artículo 15, apartado f), de la Ley 19/1997, señala que los Estatutos deberán regular el funcionamiento de los órganos de gobierno, así como la forma de adoptar sus acuerdo; y por otro lado, el artículo 8.º 3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, que además, es una ley básica, señala que son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegio. Por lo tanto, salvo que el propio Estatuto contuviera una norma que salvara esta ilegalidad de tratar un asunto que no está incluido en el orden del día, nos encontramos con otro motivo de nulidad absoluta.

3. Parece que se está refiriendo al juicio de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute, a que se refiere el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, bajo el ámbito de juicio verbal.

Es cierto que el artículo 101 de la Ley 30/1992 prohíbe los interdictos contra la Administración, pero siempre que esta actúe en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. En este caso, es obvio que no ha actuado en materia de su competencia, puesto que carecía del Colegio Profesional de potestad expropiatoria. Ante esta ilegal actuación, constitutiva de vía de hecho, el afectado puede reaccionar, con independencia de interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que estime pertinente, buscando la protección inmediata que proporciona la jurisdicción civil a través de los llamados juicios de tutela sumaria de la posesión o tenencia de una cosa o derecho, que se tramitará a través del juicio declarativo verbal.

4. Ya el relato de hecho nos indica que el interesado interpuso una querrela por delito de prevaricación. A este delito se refiere el Código Penal de 1995, en su artículo 404 al disponer que incurrirá en este delito «quien a sabiendas de su injusticia dictara resolución arbitraria en asunto administrativo...». En el caso que comentamos parece obvio que concurre el elemento doloso exigido por el delito puesto que no es excusable que los miembros de la junta de gobierno del Colegio Profesional desconozcan que carecen de potestad expropiatoria.

Con respecto a que estos miembros de la junta de gobierno puedan ser sujetos activos de este delito de prevaricación no cabe ninguna duda a tenor de la expresión utilizada en el artículo 24 del propio Código Penal que indica que se entiende por autoridad y funcionario a... miembros de corporación u órganos colegiados que tengan mando o ejerzan jurisdicción propia.

5. Se trata del recurso administrativo de alzada que, a tenor de lo previsto en el artículo 21. 1 de la Ley 19/1997, será resuelto por la comisión de recursos del Colegio.

Por otro lado, el recurso está interpuesto en plazo, puesto que la resolución recurrida es de 29 de abril del 2005, y su no admisión no es ajustada a derecho, puesto que se trata de un acto sujeto derecho público, a derecho administrativo y, por tanto, susceptible de recurso. Se trata, no olvidemos, de ejercicio de la potestad administrativa expropiatoria.

6. No resulta ajustado a derecho la interposición de este recurso. Lo procedente, a tenor del establecido en el artículo 21.2 de la Ley 19/1997, era ya el recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, no se trata de materia relacionada con la profesión, pues no olvidemos que lo que se está recurriendo es una expropiación ilegal, por tanto, en ningún caso, cabría recurso administrativo alguno ante el Consejero de Sanidad.

7. Respecto al acto recurrido es el acuerdo de 18 de mayo del 2005.

El recurso está en plazo, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) había dos meses para recurrir una resolución expresa.

La actuación administrativa ya señalamos que era constitutiva de vía de hecho, por tanto el recurso podría haberse interpuesto por este motivo. Al mismo se refieren los artículos 30 a 32 de la LJCA de los cuales destacamos que:

- El interesado podría haber formulado requerimiento a la administración actuante, intimando su cesación;
- Si esa intimación no hubiere sido formulada o no fue atendida en los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podría deducirse directamente recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, nada nos dice el relato respecto a requerimiento alguno, ni respecto a vía de hecho, por lo que nos inclinamos a pensar que el recurso contencioso-administrativo se interpone, sin más especialidad, contra la no admisión del recurso que con carácter previo había interpuesto.

El recurso debería haberse admitido porque se había puesto ya fin a la vía administrativa. Sin embargo, debemos señalar que el órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.º 3 de la LJCA, era el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y no el Tribunal Superior de Justicia. Por ello, este órgano debió remitir a aquel el recurso para su tramitación y resolución. Si también el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo inadmitiera el recurso, entonces cabría apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, conforme al artículo 80 de la LJCA.

8. El artículo 14 de la Ley 19/1997 señala que para la consecución de los fines, los colegios profesionales ejercerán las funciones encomendadas en la legislación básica del estado y entre otras, las siguientes:

(...)

- b) Ordenar la actividad de sus colegiados velando por la ética y dignidad profesional de los mismos y por la conciliación de sus intereses con el interés social y los derechos de los usuarios.
- c) Ejercer la facultad disciplinaria sobre los profesionales colegiados en los términos establecidos en esta ley en los correspondientes estatutos.

Por su parte, el artículo 21 señala, en su apartado 1, que los profesionales integrados en los colegios profesionales respectivos deben tener como guía de actuación el servicio a la comunidad y el cumplimiento de las obligaciones deontológicas propias de la profesión, debiendo los colegios velar por el cumplimiento de las referidas normas y las disposiciones sobre defensa de la competencia y competencia desleal y ley general de publicidad. En el apartado 2 señala que los colegiados no podrán ser sancionados por acciones u omisiones que no estén tipificadas como falta en los correspondientes estatutos. La imposición de sanciones requerirá la previa instrucción de un procedimiento disciplinario, cuya tramitación deberá regirse por lo dispuesto en los Estatutos y, en lo no previsto en ellos, por el Decreto 245/2000, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la protesta sancionadora por la Comunidad de Madrid.

a) Parece obvio que esta infracción administrativa no es ajustada a derecho en absoluto, puesto que vulnera el artículo 24 de la Constitución que establece el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que impedir a alguien, sea colegiado o no, llevar o demandar al colegio profesional ante la justicia supone una clara infracción del derecho fundamental señalado.

Creemos por ello, que, por este motivo, el Colegio Profesional no podía incoar ningún expediente sancionador a su colegiado, porque es claro que no se trata de hacer efectiva una responsabilidad disciplinaria, es decir, por una conducta del colegiado que pudiera afectar a esa ética o dignidad profesional, puesto que demandar al propio colegio, en absoluto puede considerarse como contraria a esos bienes jurídicos protegidos.

Por otro lado, es cierto y acabamos de comprobarlo que el artículo 20.2 de la Ley 19/1997, señala que «los colegiados no podrán ser sancionados por acciones u omisiones que no estén tipificadas como falta en los correspondientes Estatutos». Sin embargo, tanto el artículo 25 de nuestra Constitución, como el artículo 137 de la Ley 30/1992, establecen, dentro de los principios de la potestad sancionadora de la Administración, el de legalidad o reserva de ley, en el sentido de que tanto las infracciones o faltas administrativas como las sanciones deben venir recogidas en normas con rango de ley. Por tanto, puede arrojar alguna duda la constitucionalidad del precepto señalado. De cualquier forma, debemos también tener en cuenta que cuando se trata de relaciones de supremacía especial o de sujeción especial entre la Administración y los administrados, como sucede en este caso respecto al colegio profesional y sus colegiados, la Jurisprudencia ha sido menos rigurosa en la exigencia de este principio de reserva de ley. Pero en este caso, no se trata de una manifestación de esa sujeción especial, sino, simple y puramente, del ejercicio de la potestad expropiatoria. Por lo que entendemos que era exigible que la infracción administrativa viniera recogida en normas con rango de ley. Un Estatuto no puede recoger, por remisión en blanco de la ley, una infracción administrativa, pues estaría vulnerando el principio de reserva de ley y el principio de tipicidad recogido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992.

b) El artículo 6.º 1 a) del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por lo que se regula el reglamento para el ejercicio de la protesta sancionadora por la Comunidad Madrid, señala entre los contenidos mínimos de la notificación del acuerdo de iniciación, la necesidad de identificar al instructor del procedimiento. La finalidad reside en que el expedientado pueda recusarlo, cuando concurren alguna de las causas contempladas en el artículo 28 de la Ley 30/1992. Ahora bien, aunque no se haya hecho constar estas circunstancias, el interesado pudo conocer su identidad en cualquier momento posterior de la incoación del procedimiento y, entonces, recusarlo, porque, a tenor del artículo 29 de la Ley 30/1992, la recusación se puede plantear en cualquier momento del procedimiento.

En el caso concreto que analizamos, el relato de hechos nos indica más adelante que el interesado recusó al instructor del procedimiento por enemistad manifiesta con él, por lo cual, la omisión en la notificación del acuerdo de iniciación de su identidad, en este caso, constituye una mera irregularidad no invalidante porque ningún perjuicio o indefensión real y efectiva ha causado al expedientado.

c) No es ajustada a derecho, por varias razones:

- El instructor no era el órgano competente para adoptar medidas provisionales, sino que lo es el órgano competente para ordenar la incoación del procedimiento, esto es, el órgano para resolverlo, a tenor de lo establecido en el artículo 7.º 1 del Decreto 245/2000.
- La medida adoptada, consistente en el cierre del despacho profesional, resulta totalmente improcedente. La medida provisional debe ser proporcional a la finalidad perseguida y, además, que no cause perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 7.º 2). Su finalidad es asegurar la resolución que pudiera recaer (7.º 1). Nada de esto concurre en el caso que analizamos.

d) Es cierto que el acuerdo de iniciación es un acto de trámite no cualificado y por tanto, en principio, no es susceptible de recurso alguno (art. 107 Ley 30/1992), aunque sí de alegaciones que el interesado puede hacer en cualquier momento del procedimiento hasta el trámite de audiencia. Ahora bien, si en dicho acto administrativo, además de ordenarse la incoación del procedimiento, se ha acordado la adopción de la medida provisional antes analizada, es claro que sí se admitiría el recurso respecto a esta segunda disposición porque la misma es cualificada y puede causar un daño de imposible o difícil reparación.

Con relación a qué debería haber acordado la Administración en este caso, debemos responder que debió decretar el archivo de las actuaciones porque habían transcurrido más de dos meses entre el acuerdo de iniciación y su notificación (art. 6.º 2 del Real Decreto 1398/1993 por el que se regula el Reglamento del ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración General del Estado, que se aplicará con carácter supletorio a todos los procedimientos sancionadores).

Ahora bien, al no hacerlo así la Administración, tampoco legítima al interesado para presentar un recurso contra el acuerdo de iniciación basado en este motivo porque, repetimos, se trata de un acto de trámite no cualificado. Lo que deberá hacer el interesado es hacer alegaciones y poner en conocimiento de la Administración esta circunstancia para que ésta pueda proceder al archivo de las actuaciones.

e) La recusación puede plantearse en cualquier momento de la tramitación del expediente (art. 29.1 Ley 30/1992).

Esta causa concreta de enemistad manifiesta se encuentra recogida en el artículo 28 c).

Respecto a si concurre o no causa la recusación, por enemistad manifiesta, toda vez que el instructor fue condenado como consecuencia de una querrela interpuesta en su día por el interesado, debemos señalar que es susceptible de interpretación. Pero, desde el punto de vista objetivo, no cabe duda de que, en principio, pudiera aquella causa haber originado la enemistad manifiesta que ahora se denuncia.

Finalmente, señalemos que la resolución del incidente de recusación no respetó el plazo de tres días fijado en el artículo 29.4, produciéndose una irregularidad no invalidante.

f) Esta no admisión no es ajustada a derecho. Es cierto que el artículo 6.º 2 del Decreto 245/2000 señala el plazo de 15 días desde la notificación del acuerdo de iniciación para formular alegaciones y presentar los documentos que estime necesario. Pero, por un lado, debemos tener en cuenta que el incidente de recusación eran suspensivos del procedimiento (art. 77 Ley 30/1992), luego desde el día 30 de septiembre hasta el día 7 de octubre en que se notificó la resolución desestimando la recusación planteada, el plazo del procedimiento estuvo suspendido. Por ello, si presentó las alegaciones el día 12 de octubre, habían pasado cinco días de septiembre (del 26 al 30) y cuatro días del mes de octubre (del 8 al 11), luego, en total nueve días. De manera que no habían pasado los 15 días previstos para las alegaciones.

Por otro lado, el propio artículo 6.º 2 señala que «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9.º 2». Este artículo, precisamente, permite a los interesados presentar en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución alegaciones y aportar documentos otros elementos de juicio. Por todo ello, en conclusión, esas alegaciones no fueron extemporáneas.

g) Recordemos que la notificación se intenta realizar en el domicilio del interesado y que el mismo no se encuentra presente, pero sí lo estaba su esposa que no quiere hacerse cargo de la notificación, ante ello, la Administración considera efectuado el trámite, haciendo constar esta circunstancia, y continúa procedimiento.

Esta actuación administrativa no es ajustada a derecho, ya que esto lo permite el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, tan solo cuando se trate del propio interesado o sus representante, en cuyo caso si no quieren hacerse cargo de la notificación se hace constar la circunstancia, se tiene por efectuado el trámite de notificación y continua procedimiento. Pero no lo prevé la ley para otras personas distintas al interesado o su representante.

h) Es un trámite al que se refiere el artículo 12 del Decreto 245/2000. Ahora bien, su ausencia puede producir efectos jurídicos diferentes:

- Si en momento anterior, en concreto con el acuerdo de iniciación, se había notificado el pronunciamiento preciso sobre los hechos imputados, su posible calificación jurídica, la responsabilidad que se imputa, presunta sanción, y si estas determinaciones iniciales han permanecido inalterables a lo largo de todo el procedimiento, la ausencia de propuesta de resolución, que nada nuevo añadiría, se trataría de una irregularidad no invalidante, porque no causa ninguna indefensión ni perjuicio real y efectivo al interesado.
- Si por el contrario, esos elementos iniciales fueron modificados durante la tramitación del procedimiento y hay ausencia de propuesta de resolución, es claro que sí se ha producido indefensión real y efectiva al interesado por lo que, entonces, estaríamos en presencia, de un vicio de nulidad del artículo 62.1 a) Ley 30/1992, porque se estaría vulnerando el derecho o las garantías de defensa señaladas en el artículo 24 de la Constitución que, recordamos, se trata de un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo constitucional.

i) La resolución sancionadora no es ajustada a derecho.

Recordamos que en el acuerdo de iniciación se notificó como presunta sanción a imponer, tan solo, la de multa; que no existió propuesta de resolución alguna, por tanto, lo anterior no se notificó; y, finalmente, la resolución sancionadora contempla el cierre de la oficina de farmacia. Es evidente, por tanto, que se ha impuesto, en principio, una sanción de mayor gravedad a la que se había previsto.

En este sentido, el artículo 14.2 del Decreto 245/2000 señala en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. Igualmente, en el artículo 14.3 se señala que si la sanción es de mayor gravedad de la señalada en la propuesta de resolución (en este caso, en el acuerdo de iniciación, puesto que no existió ese trámite), se notificará al inculpado que dispone de un plazo 10 días para formular las alegaciones pertinentes. Como en este caso no se ha cumplido este trámite y se ha causado una indefensión y perjuicio real, estaremos en presencia de otro vicio de nulidad absoluta del artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, porque se ha vulnerado el derecho a defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

j) No. La resolución se dictó en el plazo de los seis meses que marca la norma, pues el procedimiento se inició el día 23 de julio del 2005 y se dictó resolución y se notifica el día 28 de enero de 2006. Es cierto que teniendo en cuenta estas fechas, habían pasado cinco días de más, pero debemos restarle los siete días que tardó en resolverse el incidente de recusación que era suspensivo del plazo del procedimiento (art. 77 Ley 30/1992).

k) Este recurso no era procedente, sino que, a tenor del artículo 21.2 de la Ley 19/1997, el recurso procedente era el contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (art. 8.º 3 LJCA).

l) El órgano competente para conocer del mismo será el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (art. 8.º 3 LJCA).

El recurso está bien estimado porque ya hemos analizado en la resolución sancionadora contenía vicios de nulidad absoluta del artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

En lo que no acierta el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo es en señalar que el artículo que recoge la infracción administrativa por la que ha sido sancionado el interesado, es inatacable porque había pasado con creces el plazo para poder recurrir el Estatuto donde se contenía este artículo, que fue publicado en 1990.

Los Estatutos de estos Colegios Profesionales, en cuanto normas de organización, reguladores de las relaciones del ente con sus miembros, y siempre que respeten los principios constitucionales, se trata de verdaderas Disposiciones Generales porque crea normas jurídicas, se insertan el sistema de fuentes del derecho, no se agotan con su cumplimiento y, en suma, participa de las notas características este tipo de Disposiciones.

Aclarado lo anterior, el artículo 26 de la LJCA señala, en su apartado primero, que «además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho». Y en su apartado segundo, «la falta de impugnación directa de una disposición general por la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impide la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior». A la vista de lo indicado, no cabe duda de que podría, si el recurrente así lo solicitó y basó su recurso en la ilegalidad de un artículo de la Disposición General, el órgano judicial, por un lado, estimar el recurso contra el acto de aplicación y, por otro lado, o bien anular por sí mismo ese artículo de la Disposición General, si es competente para ello, o bien plantear la llamada cuestión de ilegalidad al órgano judicial superior, competente para anular la Disposición General (art. 123 LJCA).

En este caso, el artículo 27.2 de la LJCA señala que «cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuera también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez por nulidad de la disposición general». Por su parte, el artículo 8.º 3 de la LJCA hace competente al juez de lo contencioso-administrativo para conocer de las disposiciones dictadas por las corporaciones derecho público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional. Por todo ello, como el órgano que ha aprobado el estatuto del Colegio es el propio Colegio Profesional (art. 15.1 Ley 19/1997), el Juez de lo Contencioso-Administrativo debió pronunciarse sobre la ilegalidad de ese artículo del Estatuto y declarar su nulidad.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, arts. 24 y 25.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 24 y 404.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 (LEF), art. 2.º 1.
- Ley 2/1974 (Colegios Profesionales), art. 8.º 3
- Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 28, 29, 59.4, 62.1 a) y b), 77, 107, 130 y 137.
- Ley 19/1997, (Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid), arts. 2.º, 4.º 1, 14, 15, 17, 18, 19, 20 y 21.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 8.º 3, 26, 27, 30, 31, 32 46.1, 80 y 123
- Ley 1/2000 (LEC), art. 253.
- Real Decreto 1398/1993 (Rgto. Potestad Sancionadora), art. 6.º 2.
- Decreto 245/2000 (Rgto. Potestad Sancionadora por la Comunidad de Madrid), arts. 6.º 1 a) y 2, 7.º 1 y 2, 12 y 14.
- STC 76/1983, de 5 de mayo de 1983.